

### INHALT

51. *Die Abgrenzung von Bau- und Feuerpolizei in Bezug auf Maßnahmen des Brandschutzes*

52. *Abgrenzung Deponierung – landwirtschaftliche Rekultivierung*

53. *Der EuGH nimmt zur Frage der ungerechtfertigten Bereicherung Stellung Verbraucherpreisindex für September 2003 (vorläufiges Ergebnis)*

## 51.

### Die Abgrenzung von Bau- und Feuerpolizei in Bezug auf Maßnahmen des Brandschutzes

#### 1. Ausgangslage

Deutlicher als die seinerzeitige Tiroler Feuerpolizeiordnung 1978 unterscheidet die Tiroler Feuerpolizeiordnung 1998 (TFPO 1998), LGBl. Nr. 111/1998, in der Fassung LGBl. Nr. 111/2001, zwischen den der Baubehörde nach der Tiroler Bauordnung 2001 (TBO 2001), LGBl. Nr. 94/2001, und den der Feuerpolizeibehörde nach der TFPO 1998 zukommenden Befugnissen. Konkret enthalten jene Bestimmungen der TFPO 1998, die die Feuerpolizeibehörde im Zuge der Errichtung baulicher Anlagen (§ 3) oder hinsichtlich bestehender baulicher Anlagen (§§ 19 und 20) zu feuerpolizeilichen Anordnungen verschiedener Art ermächtigen, im Interesse einer klaren Abgrenzung von Bau- und Feuerpolizei Subsidiaritätsklauseln zu Gunsten des betreffenden baurechtlichen Instrumentariums. Aus diesen Bestimmungen lässt sich der Grundsatz ableiten, dass immer dann, wenn die Interessen des Brandschutzes, der Brandsicherheit und der Brandbekämpfung mit den Mitteln des Baurechts wahrgenommen werden können, nach der TBO 2001 vorzugehen ist und kein Raum für ein Einschreiten der Feuerpolizeibehörde nach der TFPO 1998 bleibt. Dies gilt unabhängig davon, ob brandschutztechnische Mängel an oder in einer baulichen Anlage im Rahmen der von den Gemeinden in regelmäßigen Abständen durchzuführenden Feuerbeschau (§§ 16 ff TFPO 1998) oder allenfalls auf andere Weise festgestellt wurden.

Daraus ergibt sich für die mit den Angelegenheiten der Bau- und Feuerpolizei befassten Bediensteten der

Gemeinden die Notwendigkeit, insbesondere auch nach der Durchführung der Feuerbeschau genauer als bisher darauf zu achten, ob im konkreten Einzelfall nach der TBO 2001 oder (subsidiär) nach der TFPO 1998 vorzugehen ist. Die in diesem Zusammenhang auftretenden Abgrenzungsprobleme sind Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

#### 2. Errichtung baulicher Anlagen (§ 3 TFPO)

##### 2.1. Allgemeines

Gemäß § 3 Abs. 1 TFPO 1998 hat die Feuerpolizeibehörde (gemäß § 34 TFPO 1998 ist das in erster Instanz der Bürgermeister, in der Stadt Innsbruck der Stadtmagistrat) bereits im Zuge der Errichtung von baulichen Anlagen (also entweder vor Ausführung der betreffenden baulichen Anlage oder begleitend dazu) bestimmte dort näher definierte Maßnahmen aufzutragen, wenn dies im Interesse der Brandsicherheit oder zur Erleichterung der Brandbekämpfung oder zur Erleichterung der Durchführung von Rettungsarbeiten erforderlich ist. Dazu ist die Feuerpolizeibehörde aber nur befugt, wenn diesen Interessen nicht durch die für die betreffende bauliche Anlage maßgebenden Verwaltungsvorschriften hinreichend entsprochen wird.

Daraus folgt, dass (nur) dann, wenn durch die Anwendung der einschlägigen baurechtlichen Vorschriften (TBO 2001 in Verbindung mit den Technischen Bauvorschriften 1998 [TBV 1998]) seitens der Baubehörde ein nach brandschutzfachlichen Gesichtspunkten ausreichender Stand der Brandsicherheit und des Brand-

schutzes in Bezug auf das eingereichte Projekt nicht sichergestellt werden kann, die Feuerpolizeibehörde (gemäß § 51 TBO 2001 ist das in erster Instanz i. d. R. der Bürgermeister, in der Stadt Innsbruck der Stadtmagistrat) zusätzlich Maßnahmen der im § 3 Abs. 1 TFPO 1998 genannten Art vorzuschreiben hat (das Gesetz nennt hier insbesondere die Erfüllung bestimmter baulicher, insbesondere statischer Erfordernisse oder die Durchführung bestimmter baulicher oder sonstiger Maßnahmen an der baulichen Anlage oder an den betreffenden Grundstücken, wie die Schaffung von Fluchtwegen, die Befestigung des Bodens oder die Freihaltung von Bewuchs, ferner den Einbau bzw. die Bereithaltung von geeigneten Brandmeldeanlagen, Löschanlagen, Löschmitteln sowie Lösch- und Rettungsgeräten). Dagegen erübrigt sich ein Einschreiten der Feuerpolizeibehörde bei einem der TBO 2001 unterliegenden Bauvorhaben, sofern den feuerpolizeilichen Interessen durch entsprechende in Übereinstimmung mit den baurechtlichen Vorschriften stehende Projektmerkmale oder brandschutztechnische Auflagen der Baubehörde Rechnung getragen ist.

## 2.2. Baupolizeiliche Instrumente

In diesem Zusammenhang ist nun zunächst der 3. Abschnitt (§§ 10 bis 23) der TBV 1998 zu beachten, der allgemeine und besondere brandschutztechnische Mindeststandards für die der TBO 2001 unterliegenden baulichen Anlagen festlegt. Diese Vorschriften sind von Bauwerbern stets einzuhalten, einer entsprechenden Auflage im Baubescheid bedarf es nicht (bzw. ist nach der Rechtsprechung des VwGH gar nicht mehr möglich).

Darüber hinaus können bei bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen gemäß § 26 Abs. 7 TBO 2001 in der Baubewilligung über den Standard der TBV 1998 hinausgehende brandschutztechnische Auflagen vorgeschrieben werden, wenn diese aus brandschutzfachlicher Sicht erforderlich sind. In Bezug auf (bloß) anzeigepflichtige Bauvorhaben oder bewilligungs- und anzeigefreie Bauvorhaben hat die Baubehörde jedoch keine Möglichkeit zur Erteilung von zusätzlichen Auflagen, da § 26 Abs. 7 der TBO 2001 ausdrücklich auf „die Baubewilligung“ abstellt und daher für diese Arten von Bauvorhaben als Rechtsgrundlage ausscheidet.

Weitere Voraussetzung ist, dass durch die solcherart erteilten Auflagen „das Bauvorhaben in seinem Wesen nicht verändert wird“. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwSlg 8865 A) bedeutet dies, dass die Identität des Bauvorhabens gewahrt blei-

ben muss. Vor diesem Hintergrund kann man wohl davon ausgehen, dass (abgesehen von atypischen Fällen) praktisch alle derzeit vorkommenden Arten von den Brandschutz betreffenden Vorkehrungen, selbst wenn sie baulicher Natur sind (wie z. B. der Einbau von Brandmeldeanlagen oder die Herstellung eines Brandabschlusses für das Stiegenhaus oder die Auflage, eine Türe brandhemmend und aufschlagend nach außen auszuführen), diesem Erfordernis entsprechen, da sie in der Regel nicht in einem Ausmaß, das die Identität des Projekts an sich verändert, in den projektierten Bestand eingreifen dürften. Vielmehr sind sie regelmäßig als das Projekt in brandschutztechnischer Hinsicht ergänzend zu qualifizieren. Dies gilt insbesondere auch für die im § 3 Abs. 1 TFPO 1998 beispielhaft genannten brandschutztechnischen Vorkehrungen.

Nach Baubeginn ermöglichen die Mittel der behördlichen Bauaufsicht (§§ 32 und 33 TBO 2001) naturgemäß auch die Überprüfung der Einhaltung der in den TBV 1998 festgelegten allgemeinen und besonderen brandschutztechnischen Erfordernissen sowie der allenfalls in der Baubewilligung erteilten brandschutztechnischen Auflagen. Nach Baubeendigung ist in Bezug auf jene baulichen Anlagen, die gemäß § 36 TBO 2001 einer Benützungsbewilligung bedürfen eine weitere Überprüfungsmöglichkeit gegeben.

## 2.3. Abgrenzung und Ergebnis

Auf Grundlage der bisherigen Ausführungen lässt sich nun in Bezug auf die Errichtung baulicher Anlagen folgende Abgrenzung zwischen Bau- und Feuerpolizei treffen. Dabei ist zwischen folgenden drei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Nach der TBO 2001 bewilligungspflichtige Bauvorhaben

Ausgehend davon, dass brandschutztechnische Auflagen aufgrund ihres typischerweise projektergänzenden Charakters keine Projektänderung bewirken, sind sie regelmäßig schon von der Baubehörde auf der Grundlage von § 26 Abs. 7 TBO 2001 vorzuschreiben. Lediglich die in Ausnahmefällen denkbare, in der Praxis aber – soweit ersichtlich – kaum vorkommende Erteilung von projektändernden Auflagen wäre von der Feuerpolizeibehörde gestützt auf § 3 TFPO 1998 zu verfügen.

b) Nach der TBO 2001 anzeigepflichtige oder bewilligungs- und anzeigefreie Bauvorhaben

Anders verhält es sich mit nach der TBO 2001 anzeigepflichtigen oder bewilligungs- und anzeigefreien

Bauvorhaben. In Bezug auf diese besteht keine Möglichkeit der baubehördlichen Vorschreibung brandschutztechnischer Auflagen, da dies in der TBO 2001 nur für bewilligungspflichtige Bauvorhaben vorgesehen ist. Sollten hier – über den Standard der TBV 1998 hinausgehende – Maßnahmen des Brandschutzes erforderlich sein, sind diese im Zuge der Errichtung der baulichen Anlage gemäß § 3 Abs. 1 TFPO 1998 von der Feuerpolizeibehörde zu verfügen.

c) Bauvorhaben, die vom Anwendungsbereich der TBO 2001 ausgenommen sind

Ähnliches gilt für Bauvorhaben, die vom Anwendungsbereich der TBO 2001 ausgenommen sind. Hier besteht eine Befugnis der Feuerpolizeibehörde gemäß § 3 Abs. 1 TFPO 1998 dann, sofern den brandschutztechnischen Erfordernissen nicht durch die sonstigen auf das Bauvorhaben anzuwendenden Verwaltungsvorschriften hinreichend Rechnung getragen wird und nicht eine feuerpolizeiliche Zuständigkeit des Bundes besteht (wie etwa in Bezug auf Bergbauanlagen; vgl. VfSlg 5672/1968, oder hinsichtlich der zum Forstwesen gehörenden Maßnahmen der Verhütung und Bekämpfung von Waldbränden, vgl. VfSlg 2192/1951; umstritten ist, inwieweit dem Bund hinsichtlich Eisenbahnanlagen feuerpolizeiliche Zuständigkeiten zukommen). Vorbehaltlich letzterem dürfte hier ein weiter und wichtiger Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 TFPO 1998 gegeben sein (z. B. in Bezug auf militärische Anlagen).

### 3. Bestehende bauliche Anlagen

#### (§§ 19 und 20 TFPO 1998)

In Bezug auf bestehende bauliche Anlagen ermöglichen die §§ 19 und 20 TFPO 1998 die Erteilung von Aufträgen und Anordnungen zur Behebung brandschutztechnischer Mängel bzw. die Vorschreibung zusätzlicher brandschutztechnischer Maßnahmen. Aufgrund seines systematischen Zusammenhangs mit § 3 TFPO 1998 wird nachfolgend zunächst auf § 20 TFPO 1998 – als speziellere der beiden Bestimmungen – und seine Abgrenzung zur TBO 2001 eingegangen. Davor ist es aber erforderlich, kurz die hinsichtlich bestehender baulicher Anlagen zur Verfügung stehenden Mittel der Baupolizei zu skizzieren.

#### 3.1. Baupolizeiliche Instrumente

a) Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes, Baugebrechen (§§ 37 und 38 TBO 2001)

Hier sind zunächst die §§ 37 und 38 TBO 2001 zu nennen. Der § 37 TBO 2001 verpflichtet die Baubehörde, ein Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes einzuleiten und durchzuführen (in des-

sen Rahmen naturgemäß auch die Einhaltung brandschutztechnischer Erfordernisse sicherzustellen ist), wenn eine bauliche Anlage ohne die erforderliche Baubewilligung oder Bauanzeige konsenslos errichtet oder geändert oder mit gravierenden Abweichungen von der Baubewilligung oder Bauanzeige ausgeführt wurde. Nach § 38 TBO 2001 hat die Baubehörde dem Eigentümer die Instandsetzung oder allenfalls sogar den Abbruch der baulichen Anlage aufzutragen (und kann bei Gefahr in Verzug die notwendigen Sicherungsmaßnahmen auf Gefahr und Kosten des Eigentümers selbst anordnen), wenn der Eigentümer gegen die ihn nach dieser Bestimmung treffende Erhaltungspflicht verstößt (danach sind bewilligungspflichtige bauliche Anlagen in einem der Baubewilligung entsprechenden Zustand zu erhalten, sonstige bauliche Anlagen in einem solchen Zustand, dass den Erfordernissen der Sicherheit entsprochen wird; Baugebrechen, durch die allgemeine bautechnische Erfordernisse – wie eben z. B. die Brandsicherheit des Bauwerks – beeinträchtigt werden, sind ehestens zu beheben).

b) Zusätzliche Auflagen (§ 26 Abs. 9 TBO 2001)

Darüber hinaus wurde mit dem In-Kraft-Treten der TBO 1998 erstmals ein baupolizeiliches Mittel geschaffen, um auch erst später hervortretenden brandschutztechnischen Mängeln – sei es, dass diese zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung nicht erkannt worden waren, sei es, dass technische Weiterentwicklungen und neue Erfahrungen zu einer Adaptierung des Brandschutzstandards zwingen – wirksam begegnen zu können. § 26 Abs. 9 TBO 2001 sieht seither ein Verfahren zur Erteilung nachträglicher Auflagen vor. Danach hat die Baubehörde dem Inhaber der Baubewilligung mit schriftlichem Bescheid andere oder zusätzliche Auflagen im Sinne des § 26 Abs. 7 TBO 2001 vorzuschreiben (das sind solche, die das Bauvorhaben „in seinem Wesen nicht verändern“, also nicht projektsändernd sind, siehe oben 2.2.), wenn sich nach der Erteilung der Baubewilligung ergibt, dass trotz bescheidgemäßer Ausführung des Bauvorhabens eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht. Solche Auflagen sind aber nur insoweit zulässig, als der damit verbundene Aufwand in einem vertretbaren Verhältnis zum erzielbaren Erfolg steht. Der § 26 Abs. 9 TBO 2001 gilt auch für Bauvorhaben, für die die Baubewilligung aufgrund früherer baurechtlicher Vorschriften erteilt wurde. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass das betreffende Bauvorhaben auch nach der TBO 2001 bewilligungspflichtig wäre (§ 59 Abs. 4 TBO 2001).

Da – wie dargelegt – typische brandschutztechnische Auflagen in der Regel projektergänzenden bzw. projektgestaltenden Charakter haben, wird die nachträgliche Vorschreibung zusätzlicher Maßnahmen des Brandschutzes bei bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen regelmäßig in Anwendung des § 26 Abs. 9 TBO 2001 erfolgen können. Lediglich in atypischen Fällen (wie etwa bei Gebäuden älteren Bestandes, die den heutigen Brandschutzstandards schon in baulicher Hinsicht nicht genügen) scheint es denkbar, dass die notwendigen brandschutztechnischen Auflagen aufgrund damit verbundener gravierender Eingriffe in den Baubestand nach baurechtlichen Maßstäben die Schwelle zur Projektänderung überschreiten, mit der Folge, dass sie nicht nach § 2 Abs. 9 TBO 2001 vorgeschrieben werden können.

### 3.2. Vorschreibung zusätzlicher Maßnahmen nach § 20 TFPO 1998

#### a) Allgemeines

Der § 20 Abs. 1 TFPO 1998 ermöglicht die nachträgliche Vorschreibung der im § 3 Abs. 1 TFPO 1998 genannten Maßnahmen auch dann, wenn eine bauliche Anlage entsprechend den für sie maßgebenden Verwaltungsvorschriften ausgeführt, erhalten oder betrieben wird. Bei den dort angesprochenen Maßnahmen handelt es sich grundsätzlich um solche Maßnahmen, die zum nach den für die bauliche Anlage maßgebenden Verwaltungsvorschriften einzuhaltenden Brandschutzstandard ergänzend hinzutreten.

Daraus folgt nun in Bezug auf der TBO 2001 unterliegende Bauvorhaben, dass dann nicht nach § 20 TFPO 1998 (sondern nach der TBO 2001) vorzugehen ist, wenn Maßnahmen der im § 20 TFPO 1998 genannten Art bereits gemäß § 26 Abs. 7 TBO 2001 als Auflage im Rahmen der Baubewilligung aufgetragen wurden, das Bauvorhaben aber nicht dementsprechend ausgeführt wurde oder eine diesbezügliche Verschlechterung eingetreten ist. Diesfalls ist entsprechend der baurechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts entweder nach § 37 Abs. 1 oder 2 TBO 2001 ein Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes durchzuführen oder nach § 38 Abs. 2 oder 4 TBO 2001 die Behebung des Baugebrechens anzuordnen.

Resultieren die festgestellten Mängel aber nicht aus der Nichteinhaltung der für die bauliche Anlage geltenden Verwaltungsvorschriften (insbesondere TBV 1998 und Baubewilligung), so ist § 20 TFPO 1998 grundsätzlich anwendbar.

#### b) Nach der TBO 2001 bewilligungspflichtige bauliche Anlagen

Bei nach der TBO 2001 bewilligungspflichtigen Bauvorhaben ist aber des weiteren die Bestimmung des § 20 Abs. 2 TFPO 1998 zu beachten, wonach § 20 Abs. 1 TFPO 1998 nicht anzuwenden ist, wenn nach § 26 Abs. 9 TBO 2001 gegenüber der Baubewilligung andere oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben sind (siehe dazu oben 3.1.b). Daraus folgt nun, dass die Feuerpolizeibehörde immer dann, wenn sie zusätzliche Maßnahmen im Sinne von § 20 Abs. 1 TFPO 1998 vorschreiben möchte, zunächst als Vorfrage zu beurteilen hat, ob das betreffende Bauvorhaben nicht nach § 20 TBO 2001 bewilligungspflichtig war oder wäre. Ist dem so, so ist den festgestellten brandschutztechnischen Mängeln solange mit baupolizeilichen Mitteln, sprich durch Vorschreibung zusätzlicher baubehördlicher Auflagen nach § 26 Abs. 9 TBO 2001 zu begegnen, als es sich dabei nicht um projektsändernde Auflagen handelt.

MaW: Nur wenn zur Abwendung feuerpolizeilicher Mängel an einer bestehenden baulichen Anlage, die, sofern sie nicht bereits nach der TBO 2001 bewilligt wurde, auch nach der TBO 2001 bewilligungspflichtig wäre, solche Maßnahmen unbedingt notwendig werden, welche die Baubehörde im Bauverfahren nicht als Auflage vorschreiben könnte, weil dadurch das Projekt in seinem Wesen verändert würde, darf die Feuerpolizeibehörde nach § 20 TFPO 1998 vorgehen.

Zu beachten ist allerdings, dass nach § 20 TFPO 1998 zusätzliche brandschutztechnische Maßnahmen nur dann angeordnet werden dürfen, wenn dies im Interesse der Vermeidung einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen unbedingt notwendig ist. Zudem ist die Beseitigung dieser Gefahr auf möglichst wirtschaftliche Weise herbeizuführen; die angeordnete Maßnahme muss also verhältnismäßig sein.

#### c) Nach der TBO 2001 anzeigepflichtige oder bewilligungs- und anzeigefreie bauliche Anlagen

Auf nach der TBO 2001 lediglich anzeigepflichtige sowie bewilligungs- und anzeigefreie bauliche Anlagen ist § 20 TFPO 1998 dagegen – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – ohne weitere Einschränkung anwendbar.

#### d) Bauliche Anlagen, die nicht der TBO 2001 unterliegen

Darüber hinaus ist § 20 TFPO 1998 auf alle vom Anwendungsbereich der TBO 2001 ausgenommenen baulichen Anlagen voll anwendbar, sofern sie in feuer-

polizeilicher Hinsicht nicht in die Zuständigkeit des Bundes fallen.

### 3.3. Behördliche Aufträge und Anordnungen nach § 19 TFPO 1998

Gemäß § 19 Abs. 1 TFPO 1998 hat die Behörde dem Eigentümer des Grundstückes, der baulichen Anlage oder dem sonst hierüber Verfügungsberechtigten die Behebung festgestellter Mängel oder sonstiger Zustände, die eine Brandgefahr herbeiführen oder vergrößern oder die Brandbekämpfung oder die Durchführung von Rettungsarbeiten erschweren oder verhindern können, vorzuschreiben.

#### a) Abgrenzung zur TBO 2001

Gemäß § 19 Abs. 3 TFPO 1998 gilt dies jedoch nicht, wenn aufgrund der Nichteinhaltung baurechtlicher Vorschriften ein Verfahren zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nach § 37 Abs. 1 oder 2 TBO 2001 einzuleiten ist oder aufgrund des Vorliegens eines Baugebrechens mit einem Auftrag oder einer Anordnung nach § 38 Abs. 2 bzw. 4 TBO 2001 vorzugehen ist. Im Falle konsensloser Bauführung und von Baugebrechen ist bestehenden Mängeln also wiederum vorrangig mit den Mitteln der Baupolizei zu begegnen.

#### b) Abgrenzung zu § 20 TFPO 1998

Resultieren die festgestellten Mängel aber nicht aus der Nichteinhaltung der für die betreffende bauliche Anlage geltenden baurechtlichen Vorschriften oder von Auflagen im Baubescheid oder handelt es sich um eine nicht der TBO 2001 unterliegende bauliche Anlage, ist § 19 TFPO 1998 grundsätzlich anwendbar.

In diesem Fall stellt sich aber die Frage der Abgrenzung der dort geregelten feuerpolizeilichen Befugnisse zu den in § 20 TFPO 1998 vorgesehenen zusätzlichen Maßnahmen. Dies ist vor allem auch deshalb von Bedeutung, weil zusätzliche Maßnahmen nach § 20 TFPO 1998 nur unter bestimmten Voraussetzungen angeordnet werden dürfen (siehe oben 3.2.b), während eine derartige Einschränkung der behördlichen Befugnisse Aufträge und Anordnungen nach § 19 TFPO 1998 nicht besteht.

Ausgehend vom Wortlaut beider Bestimmungen und mit Blick auf die Systematik der TFPO 1998 ist davon auszugehen, dass es sich bei § 20 TFPO 1998 um eine die Anwendung des § 19 TFPO 1998 ausschließende Spezialregelung handelt, d. h., dass § 19 TFPO 1998 nicht anzuwenden ist, wenn es sich bei der Behebung des festgestellten Mangels erforderlichen Maßnahme um eine Maßnahme handelt, die vom Anwen-

dungsbereich des § 20 TFPO 1998 erfasst wird. Dieser bezieht sich auf Maßnahmen „an der baulichen Anlage“ bzw. „an den betreffenden Grundstücken“. Darunter sind – insbesondere auch mit Blick auf die vom Gesetz selbst genannten Beispiele (vgl. § 3 Abs. 1 lit. b TFPO 1998) – alle jene Maßnahmen zu verstehen, deren Durchführung eine Veränderung oder Ergänzung der baulichen Substanz (z. B. Einbau von Brandschutztüren, Errichtung einer Feuermauer, Ausstattung mit netzunabhängigen Notleuchten) bzw. einen Eingriff oder eine Veränderung der von Natur aus gegebenen Grundstücksbeschaffenheit (z. B. Befestigung des Bodens, Freihalten von Bewuchs) bewirkt.

Derartige Maßnahmen können daher von der Feuerpolizeibehörde allein auf der Grundlage von § 20 Abs. 1 TFPO 1998 vorgeschrieben werden, während Aufträge und Anordnungen zur Beseitigung „sonstiger brandgefährlicher Zustände“ nach § 19 TFPO 1998 zu verfügen sind; dabei muss es sich aber um Maßnahmen handeln, die nicht „an“ der baulichen Anlage oder „an“ dem betreffenden Grundstück im oben beschriebenen Sinne durchzuführen sind (weil dann ja § 20 TFPO 1998 anzuwenden wäre), wie zum Beispiel die Beseitigung eingelagerter brandgefährlicher Stoffe, das Auflegen von Informationsblättern über das Verhalten im Brandfall oder das Bereitstellen eines Sicherheitsabfallbehälters für das Entleeren der Aschenbecher.

#### c) Sonderfall: Nichteinhaltung von direkt aufgrund von § 3 Abs. 1 TFPO 1998 vorgeschriebenen Auflagen

Schließlich ist auch noch der Fall denkbar, dass im Zuge der Errichtung einer baulichen Anlage Vorschriften durch die Feuerpolizeibehörde in Anwendung des § 3 Abs. 1 TFPO 1998 erfolgt sind (z. B. projektändernde Auflagen in Bezug auf nach der TBO 2001 bewilligungspflichtige bauliche Anlagen; Auflagen für Gebäude, die nicht der TBO 2001 unterliegen) und die bauliche Anlage dann nicht in Übereinstimmung mit diesen Auflagen ausgeführt wird. In diesem Fall ist der gemäß § 3 Abs. 1 TFPO 1998 erlassene Leistungsbescheid ohne weiteres Verfahren zu vollstrecken.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die betreffende bauliche Anlage zwar bescheidgemäß errichtet, aber nicht in einem der nach § 3 Abs. 1 TFPO 1998 vorgeschriebenen Auflagen genügenden Zustand erhalten wird. Eine derartige Verschlechterung führt zu einem feuerpolizeilichen Mangel im Sinne von § 19 TFPO 1998, sodass entsprechende Aufträge oder Anordnungen nach dieser Bestimmung zu treffen sind. (der § 20 TFPO 1998 ist in diesem Fall nicht anwendbar, da ja

keine den für die bauliche Anlage maßgebenden Verwaltungsvorschriften entsprechende Erhaltung vorliegt und es sich daher bei allfälligen Mängelbehebungsaufträgen nicht um „zusätzliche Maßnahmen“ im Sinne von § 20 TFPO 1998 handelt).

Wurden aber Maßnahmen im Sinne des § 3 Abs. 1 TFPO 1998 im Zuge der Errichtung der betreffenden baulichen Anlage nicht vorgeschrieben, so können sie nachträglich nur unter Anwendung des § 20 TFPO 1998 und den dort definierten Voraussetzungen verfügt werden.

#### 4. Zusammenfassende Abgrenzung von Bau- und Feuerpolizei

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass, soweit die Interessen des Brandschutzes, der Brand-sicherheit und der Brandbekämpfung mit den Mitteln des Baurechts wahrgenommen werden können, kein Raum für ein Vorgehen der Feuerpolizeibehörde nach der TFPO 1998 besteht. Im Einzelnen folgt daraus

in Bezug auf § 3 TFPO 1998,

dass im Baubewilligungsverfahren bzw. im Zuge der Errichtung baulicher Anlagen Maßnahmen im Sinne des § 3 Abs. 1 TFPO 1998 nach dieser Bestimmung nur vorgeschrieben werden können, wenn den dort genannten Interessen nicht durch die für die betreffende bauliche Anlage maßgebenden baurechtlichen Vorschriften hinreichend entsprochen wird; dies kann in folgenden Konstellationen der Fall sein:

- es handelt sich um eine projektändernde Auflage im Sinne von § 26 Abs. 7 TBO 2001 (dabei ist zu beachten, dass brandschutztechnische Auflagen typischer Weise projektergänzenden Charakter haben und daher in der Regel auf § 26 Abs. 7 TBO 2001 gestützt werden können);

- es handelt sich um ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben, das zwar den maßgeblichen baurechtlichen Vorschriften entspricht und daher nicht zu untersagen ist, aber doch darüber hinausgehende Brandschutzmaßnahmen erfordert (diesfalls besteht für die Baubehörde keine Möglichkeit, erforderlichenfalls zusätzliche brandschutztechnische Auflagen zu erteilen);

- es handelt sich um ein bewilligungs- und anzeigefreies Bauvorhaben;

- es handelt sich um ein vom Anwendungsbereich der TBO 2001 ausgenommenes Bauvorhaben (diesfalls ist freilich zu prüfen, inwieweit den feuerpolizeilichen Erfordernissen durch sonstige für die bauliche Anlage geltende Verwaltungsvorschriften hinreichend Rechnung

getragen wird, oder, ob eine feuerpolizeiliche Zuständigkeit des Bundes besteht).

in Bezug auf § 20 TFPO 1998,

dass bei der TBO 2001 unterliegenden baulichen Anlagen zunächst zu prüfen ist, ob hinsichtlich der betreffenden Maßnahme eine konsenslose Bauführung oder ein Baugebrechen vorliegt (diesfalls wäre nach § 37 oder § 38 TBO 2001 vorzugehen); ist dies nicht der Fall, so gilt Folgendes:

- bei (auch) nach der TBO 2001 bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen hat die Vorschreibung zusätzlicher Maßnahmen soweit möglich nach § 26 Abs. 9 TBO 2001 und bloß subsidiär – d. h., wenn damit nach baurechtlichen Maßstäben eine „Projektänderung“ verbunden wäre – nach § 20 Abs. 1 TFPO 1998 zu erfolgen.

- in Bezug auf nach der TBO 2001 anzeigepflichtige bzw. bewilligungs- und anzeigefreie bauliche Anlagen ist die Vorschreibung zusätzlicher Maßnahmen stets auf § 20 Abs. 1 TFPO 1998 zu stützen.

- auf vom Anwendungsbereich der TBO 2001 ausgenommene Bauvorhaben ist § 20 TFPO 1998 dann anzuwenden, wenn keine feuerpolizeiliche Zuständigkeit des Bundes besteht.

in Bezug auf § 19 TFPO 1998,

dass dessen Anwendung grundsätzlich nur möglich ist, wenn nach § 37 oder § 38 TBO vorzugehen ist; zudem ist seine Anwendung aufgrund der zusätzlich zu treffenden Abgrenzung zu § 20 TFPO 1998 auf folgende Konstellationen beschränkt:

- es handelt sich um feuerpolizeiliche Anordnungen oder Aufträge, die nicht als „Maßnahme an der baulichen Anlage oder an dem betreffenden Grundstück“ nach § 3 in Verbindung mit § 20 TFPO 1998 zu qualifizieren sind, oder

- es handelt sich um Anordnungen oder Aufträge betreffend die Behebung feuerpolizeilicher Mängel, die auf die Nichteinhaltung von durch die Feuerpolizeibehörde in Anwendung des § 3 Abs. 1 TFPO 1998 vorgeschriebenen Auflagen (Verletzung der Erhaltungspflicht) zurückzuführen sind.

#### 5. Schlussbemerkung

Seitens der Abteilung Gemeindeangelegenheiten wird daher darauf hingewiesen, dass im Spruch von Bescheiden des Bürgermeisters, mit denen auf der Grundlage des bei der Feuerbeschau festgestellten Befundes nicht nur typische feuerpolizeiliche Mängelbehebungs-

aufträge ergehen, sondern auch ergänzende brandschutztechnische Auflagen vorgeschrieben werden, insbesondere dann, wenn diese bestimmte bauliche Maßnahmen zum Gegenstand haben (wie z. B. den Einbau von Brandschutztüren, die Herstellung von Brandabschlüssen oder den Einbau einer Brandmeldeanlage), neben § 19 Abs. 1 TFPO 1998 auch § 26 Abs. 9 TBO 2001 (bei nach der TBO 2001 bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen) bzw. § 20 Abs. 1 TFPO 1998 (bei allen anderen baulichen Anlagen) als Rechtsgrundlage

anzuführen ist. Sollte im Zuge der Feuerbeschau allerdings festgestellt werden, dass eine der TBO 2001 unterliegende bauliche Anlage brandschutztechnischen Bestimmungen der TBV 1998 oder brandschutztechnischen Auflagen im Baubescheid nicht entspricht, ist in Bezug auf diese Mängel entsprechend ihrer baurechtlichen Beurteilung entweder nach § 37 TBO 2001 oder nach § 38 TBO 2001 vorzugehen.

Quelle: Gemeinsamer Aktenvermerk der Abt. Bau- und Raumordnungsrecht und Gemeindeangelegenheiten vom 7. April 2003, Zl. Ib-4506/687

## 52.

### Abgrenzung Deponierung – landwirtschaftliche Rekultivierung

Der Erlass vom 5. Februar 2003, Zl. U-3000a/158, stützt sich auf das Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (AWG 2002), BGBl. I Nr. 102/2002. Er erfasst somit die Verwendung von Bodenaushubmaterialien, die als Abfälle zu qualifizieren sind, im Rahmen der landwirtschaftlichen Rekultivierung.

Gegenstand der Anfrage sind landwirtschaftliche Rekultivierungen. Dabei sollen nicht kontaminierte Bodenaushubmaterialien eingesetzt werden, die im Zuge der Maßnahmen auf dem zu rekultivierenden Grundstück anfallen. Sie werden daher nicht von Dritten angeliefert.

Der Abfallbegriff ist weit auszulegen. Auch unter den geschilderten Voraussetzungen sind die verwendeten Bodenaushubmaterialien nur dann nicht als Abfall zu qualifizieren, wenn die Maßnahmen tatsächlich einem konkreten Zweck dienen. Es muss für die Behörde klar nachvollziehbar sein, welche Maßnahmen unter dem Titel „Rekultivierung“ gesetzt und was damit bezweckt wird. Somit ist es auch erforderlich nachvollziehbar darzustellen, welche Menge an Aushubmaterialien für den konkreten Zweck erforderlich sind. Bloße Aufschüttungen sind nicht als Verwertung zu qualifizieren. In diesem Fällen gilt selbstverständlich der Erlass vom 5. Februar 2003, Zl. U-3000a/158.

Unabhängig von abfallrechtlichen Bestimmungen ist insbesondere die Bewilligungspflicht des § 6 lit. h Tiroler Naturschutzgesetz 1997 (TNSchG 1997), LGBl. Nr. 33/1997, zu prüfen. Berühren die geplanten Geländeabtragungen und -aufschüttungen darüber hinaus Gewässerschutzbereiche, Feuchtgebiete, Auwälder oder sonstige Schutzgebiete (Naturschutzgebiete etc.) sind die speziellen Bewilligungstatbestände zu berücksichtigen.

Ausdrücklich ist darauf hinzuweisen, dass sehr viele Bauern des Bundeslandes Tirol Förderungen nach dem ÖPUL-Programm beziehen. Die Teilnahme an diesem Programm setzt die Einhaltung einer Reihe von Verpflichtungen voraus. Dazu zählen etwa die Erhaltung von Landschaftselementen etc. Auch dies ist bei allfälligen Geländeabtragungen und -aufschüttungen auf landwirtschaftlichen Flächen zu beachten.

Ausdrücklich ist weiters festzuhalten, dass die Verwendung von Baurestmassen für Geländeabtragungen und -aufschüttungen nach den abfallrechtlichen Bestimmungen jedenfalls unzulässig ist, also unabhängig vom Anfallsort und Abfallbesitzer.

## 53.

### Der EuGH nimmt zur Frage der ungerechtfertigten Bereicherung Stellung

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat am 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-147/01 (Getränkesteuer II) das Urteil verkündet. Er hat darin ausgeführt:

1. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 23. März 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 2. April 2001, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung von Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) und von Nummer 3 des Tenors des Urteils des Gerichtshofes vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-437/97 (EKW und W & Co., Slg. 2000, I-1157, im Folgenden: EKW-Urteil) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Diese Frage stellt sich in Rechtsstreitigkeiten zwischen der W Handels-GmbH, Frau R, Herrn Sch und der B GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführer) einerseits und der Abgabenberufungskommission Wien andererseits wegen der Rückwirkung des § 185 der Wiener Abgabenordnung (WAO), wonach ein Anspruch auf Rückzahlung der durch das EKW-Urteil für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärten Steuer auf alkoholische Getränke insoweit nicht zusteht, als diese Abgabe wirtschaftlich von einem Dritten getragen wurde.

#### Rechtlicher Rahmen

##### Gemeinschaftsrecht

3. Artikel 5 EG-Vertrag lautet:

Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe.

Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten.

4. Nummer 3 des Tenors des EKW-Urteils hat folgenden Wortlaut:

Niemand kann sich auf Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/12/[EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren] berufen, um Ansprüche betreffend Abgaben wie die Steuer auf alkoholische Getränke, die vor Erlass dieses Urteils entrichtet wurden oder fällig geworden sind, geltend zu machen, es sei denn, er hätte vor diesem Zeitpunkt Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt.

##### Nationales Recht

5. § 162 WAO bestimmt:

(1) Guthaben des Abgabepflichtigen sind zur Tilgung fälliger Schuldigkeiten zu verwenden.

(2) Soweit Guthaben nicht gemäß Abs. 1 zu verwenden sind, sind sie nach Maßgabe der Bestimmungen des § 185 zurückzuzahlen.

6. Nach der Rechtslage vor dem 2. März 2000 konnte der Abgabepflichtige gemäß § 185 Abs. 1 WAO die Rückzahlung von Guthaben beantragen, die nicht zur Tilgung fälliger Schuldigkeiten zu verwenden waren. Die Rückzahlung derartiger Guthaben war an keine weiteren Voraussetzungen gebunden.

7. Durch Artikel I des am 2. März 2000 kundgemachten Gesetzes (LGBL. für Wien Nr. 9/2000, im Folgenden: Novelle) wurde die WAO geändert, indem u. a. in deren § 185 die Absätze 3 und 4 eingefügt wurden. Zudem war in Artikel II der Novelle vorgesehen, dass Artikel I auch auf vor der Kundmachung dieses Gesetzes entstandene Steuerschuldverhältnisse anzuwenden war.

8. Durch eine neuerliche Novelle zur WAO vom 20. Februar 2001 (LGBL. für Wien Nr. 7/2001) wurde § 185 Abs. 3 Satz 1 WAO ergänzt.

9. Nach diesen Änderungen lautet § 185 WAO:

(1) Der Abgabepflichtige kann die Rückzahlung von Guthaben (§ 162 Abs. 2) beantragen. Die Rückzahlung kann auch von Amts wegen erfolgen.

(2) Gegen den Rückzahlungsbetrag können der Höhe nach festgesetzte Abgabenschuldigkeiten aufgerechnet werden, die der Abgabepflichtige nicht später als drei Monate nach der Stellung des Rückzahlungsantrages zu entrichten haben wird.

(3) Ein Rückzahlungsanspruch steht insoweit nicht zu, als die Abgabe wirtschaftlich von einem anderen als dem Abgabepflichtigen getragen wurde; insoweit führt die Herabsetzung der Abgabenfestsetzung durch Selbstbemessung oder Abgabenbescheid auch nicht zu einer Gutschrift. Soweit eine derart überwältigte Abgabe noch nicht entrichtet wurde, hat die Abgabenbehörde diese mit gesondertem Bescheid vorzuschreiben.

(4) Abs. 3 ist nicht anzuwenden auf Abgabepflichtige, soweit ihnen die Anlassfallwirkung für eine vom Verfassungsgerichtshof als rechtswidrig erkannte Abgabenvorschrift zukommt.



10. Die Anlassfallwirkung findet in Österreich u. a. im Anschluss an ein Urteil des Verfassungsgerichtshofs Anwendung, mit dem ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt wird. In einem solchen Fall wird dieses Gesetz nämlich nicht rückwirkend aufgehoben, sondern bleibt, falls der Verfassungsgerichtshof nicht anders entscheidet, auf vor der Feststellung der Verfassungswidrigkeit entstandene Sachverhalte anwendbar. In der Rechtsache jedoch, die der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit zugrunde liegt, sowie in den Rechtssachen, die zum Zeitpunkt des Eintritts in die Beratung dieser Rechtssache beim Verfassungsgerichtshof anhängig sind, findet das fragliche Gesetz keine Anwendung mehr.

### Sachverhalt

#### Die Umstände beim Erlass der Novelle

11. Im Jahr 1997 legte der Verwaltungsgerichtshof, bei dem ein Rechtsstreit zwischen der Abgabenberufungskommission und Abgabepflichtigen über die Vereinbarkeit der Getränkesteuer mit dem Gemeinschaftsrecht – genauer, mit den Vorschriften über die Mehrwertsteuer, die Verbrauchsteuern und über staatliche Beihilfen – anhängig war, dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor, die dieser im EKW-Urteil beantwortete.

12. In seinen Schlussanträgen vom 1. Juli 1999 in der Rechtssache EKW schlug Generalanwalt Saggio dem Gerichtshof vor, zu entscheiden, dass sowohl die Richtlinie 92/12 als auch die Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen der Beibehaltung der Getränkesteuer entgegenstünden.

13. Bei der Prüfung des Antrags der österreichischen Regierung, die Wirkungen des künftigen Urteils zeitlich zu begrenzen, falls die Getränkesteuer für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt würde, gelangte er zu dem Ergebnis, dass dieser Antrag zurückzuweisen sei, da keine Umstände vorlägen, die den Antrag rechtfertigten.

14. Die Verlesung dieser Schlussanträge gab Anlass zu heftiger Sorge bei den österreichischen Kommunalbehörden, die befürchteten, erhebliche Beträge zurückzahlen zu müssen.

15. Dem Vorlagebeschluss zufolge haben alle österreichischen Bundesländer im Anschluss an die Verlesung der Schlussanträge von Generalanwalt Saggio ihre Abgabenordnungen dahin geändert, dass eine zu Unrecht erhobene Abgabe weder zurückgezahlt noch kompensiert wird, wenn sie auf Dritte abgewälzt worden ist. Alle

diese Novellierungen erfolgten nach Verlesung dieser Schlussanträge, aber – mit einer Ausnahme – vor Verkündung des EKW-Urteils, jedoch zu einem Zeitpunkt, als das Verkündungsdatum bereits bekannt gegeben war.

16. Im Bundesland Wien ist die Novelle am 2. März 2000, also eine Woche vor Verkündung des EKW-Urteils, ergangen.

17. In Nummer 2 des Tenors dieses Urteils hat der Gerichtshof für Recht erkannt, dass Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 92/12 der Beibehaltung einer Steuer auf alkoholfreie Getränke und Speiseeis nicht entgegenstehe.

18. In derselben Nummer des Tenors hat er hingegen entschieden, dass Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/12 der Beibehaltung dieser Steuer entgegenstehe, soweit sie alkoholische Getränke betreffe.

19. Entsprechend dem Vortrag der österreichischen Bundesregierung, dass ein zur Erstattung der Getränkesteuer verpflichtendes Urteil schwer wiegende finanzielle Auswirkungen hätte und dass die Steuer von den Abgabepflichtigen ohnedies über die Getränkepreise auf die Verbraucher abgewälzt worden sei, hat der Gerichtshof in Randnummer 59 des EKW-Urteils ausgeführt, dass es zwingende Gründe der Rechtssicherheit gebe, die es ausschließen, dass Rechtsverhältnisse, die ihre Wirkungen in der Vergangenheit erschöpft hätten, in Frage gestellt würden, da dies das Finanzierungssystem der österreichischen Gemeinden rückwirkend in seinen Grundlagen erschüttern würde.

20. Dementsprechend hat der Gerichtshof in Nummer 3 des Tenors des EKW-Urteils dessen Wirkungen zeitlich begrenzt, indem er die Rückerstattung von Abgaben, deren Entrichtung nicht vor Erlass dieses Urteils angefochten worden war, ausgeschlossen hat.

#### Das Ausgangsverfahren

21. Die Beschwerdeführerin W Handels-GmbH betreibt einen Weinhandel, während die übrigen Beschwerdeführer Restaurants betreiben.

22. Demgemäß waren sie nach der WAO getränkesteuerpflichtig. Da es sich dabei um eine so genannte Selbstbemessungsabgabe handelt, hat der Steuerpflichtige jeweils bis zum 15. Tag eines jeden Monats die Steuer für den Vormonat ohne vorausgehende Steuervorschreibung durch die Abgabenbehörde selbst zu berechnen und zu entrichten. Anschließend reicht er bis zum 15. Februar jedes Jahres für die im Vorjahr entstandene Steuerschuld eine Steuererklärung ein.

23. Dementsprechend berechneten die Beschwerdeführer die Getränkesteuer sowohl für alkoholische als

auch für alkoholfreie Getränke selbst und führten sie ab. Später widerriefen sie aber unter Berufung auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Steuer ihre Abgabenerklärungen und verlangten die einbezahlte Getränkesteuer zurück.

24. Die Beschwerdeführer richteten im Jahr 1998 Anträge auf Rückzahlung der von ihnen entrichteten Getränkesteuer für bestimmte Zeiträume, in der Zeit zwischen 1995 und 1998 an die Abgabenbehörde erster Instanz und machten geltend, dass diese Steuer der Richtlinie 92/12 widerspreche und ihre Erhebung zu Unrecht erfolgt sei.

25. Die Abgabenbehörde erster Instanz entschied, dass den Beschwerdeführern Getränkesteuer sowohl für die alkoholischen als auch für die alkoholfreien Getränke vorgeschrieben worden sei und wies die Rückzahlungsanträge ab, da die von den Abgabepflichtigen bereits entrichteten Abgabenbeträge dem Vorschreibungsbetrag entsprochen hätten.

26. Die Beschwerdeführer legten gegen diese Entscheidungen Berufung an die Abgabenberufungskommission ein, die mit Bescheiden vom 6. September 2000 die erstinstanzliche Getränkesteuervorschreibung aus dem Grund abänderte, dass im Einklang mit dem EKW-Urteil nur noch die Veräußerung alkoholfreier Getränke besteuert werden dürfe.

27. Die Abgabenberufungskommission wies allerdings die Anträge auf Rückzahlung der bereits entrichteten Getränkesteuer ab und führte aus, dass sich in den Ermittlungsverfahren ergeben habe, dass die Abgabe von den Abgabepflichtigen endgültig auf den Letztverbraucher abgewälzt worden sei.

28. Die Beschwerdeführer erhoben gegen die Bescheide vom 6. September 2000, soweit sie die Anträge auf Rückzahlung der Abgaben auf alkoholische Getränke für die Zeit zwischen 1995 und 1998 abwiesen, Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

29. Sie erachten sich in ihrem Recht auf Rückforderung der in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht erhobenen Steuer auf alkoholische Getränke verletzt. Sie machen insbesondere geltend, dass die am 20. Februar 2001, also nach Erlass des EKW-Urteils, beschlossene Novelle gegen das Treuegebot des Artikels 5 EG-Vertrag verstoße und dass durch die Rückwirkung des § 185 Abs. 3 WAO eine Verletzung des Vertrauensschutzes gegeben sei. Sie behaupten ferner, dass eine Abwälzung auf die Verbraucher nicht erfolgt sei.

30. Die Abgabenberufungskommission hat jeweils im Ergebnis den gegenteiligen Standpunkt vertreten.

### Vorlagebeschluss und Vorabentscheidungsfrage

31. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs ist mit dem EKW-Urteil die aus dem Treuegebot des Artikels 5 EG-Vertrag abzuleitende Verpflichtung der Republik Österreich verbunden, dem einzelnen Abgabepflichtigen, der vor Erlass dieses Urteils eine Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt hat, die rechtswidrig erhobene Steuer auf alkoholische Getränke zu erstatten.

32. Allerdings verstoße es nicht gegen Gemeinschaftsrecht, die Rückerstattung dieser Steuer davon abhängig zu machen, dass sie nicht auf Dritte abgewälzt worden sei.

33. Das vorliegende Gericht hegt hingegen Zweifel an der Vereinbarkeit der § 185 Abs. 3 WAO verliehenen Rückwirkung mit dem Gemeinschaftsrecht, da nach dem Wortlaut der Nummer 3 des Tenors des EKW-Urteils alle Abgabepflichtigen, die in Bezug auf die Steuer auf alkoholische Getränke vor dem 9. März 2000 einen Rechtsbehelf eingelegt hätten, Anspruch auf Erstattung hätten, während ihnen aufgrund der Novelle entgegengehalten werden könne, dass diese Abgabe wirtschaftlich von Dritten getragen worden sei.

34. Der Verwaltungsgerichtshof hat dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stehen Artikel 10 EG (früher Artikel 5 EG-Vertrag) und der Spruchpunkt 3 des Tenors des EKW-Urteils, wonach sich niemand auf Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/12/EWG berufen kann, um Ansprüche betreffend Abgaben wie die Steuer auf alkoholische Getränke, die vor Erlass dieses Urteils entrichtet wurden oder fällig geworden sind, geltend zu machen, es sei denn, er hätte vor diesem Zeitpunkt Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt, der Anwendung der mit der Novelle der Wiener Abgabenordnung (WAO) vom 2. März 2000, LGBl. Nr. 9/2000, geschaffenen, auch auf vor der Kundmachung dieser Novelle entstandene Steuerschuldverhältnisse anzuwendenden Bestimmung des § 185 Abs. 3 WAO entgegen, wonach ein Rückzahlungsanspruch insoweit nicht zusteht, als die Abgabe wirtschaftlich von einem anderen als dem Abgabepflichtigen getragen wurde?

### Zur Vorabentscheidungsfrage

#### Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

35. Die Beschwerdeführer verweisen zunächst auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, unter Verstoß gegen gemein-

schaftsrechtliche Bestimmungen erhobene Abgaben zu erstatten.

36. Mit einem Urteil des Gerichtshofes, mit dem eine innerstaatliche Abgabe für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt werde, gehe nach ständiger Rechtsprechung die aus Artikel 5 EG-Vertrag abzuleitende Verpflichtung des betroffenen Mitgliedstaats einher, dem Einzelnen diese zu Unrecht erhobene Abgabe zu erstatten.

37. Mangels einer Gemeinschaftsregelung über die Erstattung zu Unrecht erhobener Abgaben sei es allerdings Sache der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten der Klagen zu regeln, die den Schutz der Rechte gewährleisten sollten, die dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsen.

38. Den Mitgliedstaaten sei es aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich gestattet, die Rückzahlung von gemeinschaftswidrig erhobenen Abgaben auf nationaler Ebene einzuschränken. Derartige Einschränkungen hätten aber dem Äquivalenzgrundsatz, wonach die maßgebenden innerstaatlichen Bestimmungen gleichermaßen auf rein innerstaatliche wie auf gemeinschaftsrechtliche Fälle anwendbar sein müssten, sowie dem Effektivitätsgrundsatz zu genügen, wonach die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden dürfe.

39. Die Beschwerdeführer erkennen weiter an, dass ein Mitgliedstaat die Erstattung gemeinschaftsrechtswidrig erhobener Abgaben verweigern könne, wenn der Abgabepflichtige sie auf Dritte abgewälzt habe oder wenn die Erstattung zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung führen würde, was die innerstaatliche Behörde festzustellen habe.

40. Jedoch habe der Gerichtshof in mehreren Urteilen entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Gesetzgeber verbiete, im Umfeld eines Urteils des Gerichtshofes Verfahrensregeln zu erlassen, die speziell die Befugnis des Abgabepflichtigen einschränken, auf Erstattung der zu Unrecht erhobenen Abgaben zu klagen. Derartige Verfahrensregeln stellten einen Verstoß gegen das sich aus Artikel 5 EG-Vertrag ergebende Vereitelungsverbot dar (Urteile vom 9. November 1983 in der Rechtssache C-199/82, San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 14, vom 29. Juni 1988 in der Rechtssache 240/87, Deville, Slg. 1988, 3513, Randnr. 13, vom 17. November 1998 in der Rechtssache C-228/96, Aprile, Slg. 1998, I-7141, Randnr. 16, und vom 9. Februar 1999 in

der Rechtssache C-343/96, Dillexport, Slg. 1999, I-579, Randnr. 39).

41. Nach Ansicht der Beschwerdeführer entspricht § 185 Abs. 3 WAO in Verbindung mit Art. II der Novelle den vom Gerichtshof in seinen Urteilen zur Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge aufgestellten Erfordernissen nicht.

42. Die in § 185 Abs. 3 WAO vorgesehene Bedingung der Nichtabwälzung der Abgabe verstoße sowohl gegen den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz als auch gegen das sich aus Artikel 5 EG-Vertrag ergebende Vereitelungsverbot.

43. Sie verstoße zunächst gegen die sich aus Artikel 5 EG-Vertrag ergebende Verpflichtung zur Zusammenarbeit, da sie – wiewohl allgemein formuliert – in der Praxis nur jenen kleinen Kreis indirekter Abgaben betreffe, die nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung den Ländern und Gemeinden zur Erhebung zustünden, und dementsprechend im Wesentlichen die für gemeinschaftsrechtswidrig befundene Steuer auf alkoholische Getränke.

44. Außerdem laufe die durch Art. II der Novelle rückwirkend eingeführte, in § 185 Abs. 3 WAO vorgesehene Bedingung der Nichtabwälzung dem Effektivitätsgrundsatz zuwider, weil es schwierig sei, im Nachhinein nachzuweisen, dass die Steuer auf alkoholische Getränke nicht auf den Letztverbraucher abgewälzt worden sei.

45. Schließlich hat die Beschwerdeführerin B GmbH in der Sitzung die Ansicht vertreten, dass das österreichische Recht auch gegen den Äquivalenzgrundsatz verstoße, da § 185 Abs. 3 WAO nach Abs. 4 nicht anzuwenden sei, wenn dem Abgabepflichtigen die Anlassfallwirkung zukomme und er die Erstattung des Betrages erwirken könne, der aufgrund einer vom Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig befundenen Abgabenvorschrift erhoben worden sei. Für die Erstattung einer Abgabe, die auf der Grundlage einer durch Entscheidung des Gerichtshofes für gemeinschaftsrechtswidrig befundenen nationalen Bestimmung erhoben worden sei, sei hingegen keine entsprechende Bestimmung vorgesehen; vielmehr sei eine solche Erstattung gemäß § 185 Abs. 3 WAO davon abhängig, dass die Abgabe nicht wirtschaftlich auf Dritte abgewälzt worden sei. Dementsprechend gebe es in Österreich zwei Arten von Abgabepflichtigen: diejenigen, die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, u. a. der fehlenden Abwälzung einer Abgabe auf Dritte, Anspruch auf Er-

stattung einer zu Unrecht erhobenen Abgabe hätten, und diejenigen, die sich auf einen Präzedenzfall berufen könnten, in dem der Verfassungsgerichtshof eine Abgabenvorschrift für verfassungswidrig erklärt habe.

46. Die Beschwerdeführer tragen ergänzend vor, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht zulässig sei, dem Abgabepflichtigen die Beweislast für die unterbliebene Abwälzung auf den Letztverbraucher aufzuerlegen.

47. Die im österreichischen Recht vorgesehene Verpflichtung der zuständigen Behörde, von Amts wegen vorzugehen, befreie aber die Partei nicht davon, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen (Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 21. Oktober 1987, 87/01/0137). Wenngleich nämlich im österreichischen Verwaltungsverfahren eine förmliche Verpflichtung der Abgabepflichtigen zur Mitwirkung am Ermittlungsverfahren nicht ausdrücklich normiert sei, stehe doch fest, dass es der Abgabenbehörde frei stehe, wenn die Partei am Ermittlungsverfahren nicht oder nicht ausreichend mitwirke, aus diesem Verhalten im Rahmen der ihr zustehenden freien Beweiswürdigung für den Antrag der Partei möglicherweise auch negative Schlüsse zu ziehen.

48. Die Abgabenberufungskommission habe in ihren Bescheiden vom 6. September 2000 die Abwälzung der Steuer auf alkoholische Getränke an die Letztverbraucher dadurch als erwiesen gesehen, dass nach den im Tatsachenbereich unbestrittenen Feststellungen des Revisionsorgans der Preis für alkoholische Getränke auch die Getränkesteuer beinhaltet, so dass die Getränkesteuer wirtschaftlich vom Letztverbraucher getragen wurde.

49. Die bloße Tatsache, dass die von den Beschwerdeführern angewandten Verkaufspreise die Steuer auf alkoholische Getränke umfasst hätten, lasse jedoch noch lange nicht auf deren Abwälzung auf den Letztverbraucher schließen. Bei diesem Schluss handele es sich in Wirklichkeit um eine bloße Vermutung, die den Abgabepflichtigen in der Praxis dazu zwingt, selbst nachzuweisen, dass die Getränkesteuer nicht abgewälzt worden sei.

50. Zur ungerechtfertigten Bereicherung tragen die Beschwerdeführer vor, dass das Recht zur Verweigerung der Erstattung von gemeinschaftswidrig erhobenen Abgaben nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht nur an den Nachweis geknüpft sei, dass die Abgabenlast tatsächlich in vollem Umfang von einem anderen als dem Abgabepflichtigen getragen wor-

den sei, sondern auch von der weiteren Voraussetzung abhängig sei, dass die Erstattung an diesen zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung führen würde.

51. Im vorliegenden Fall erklären die Beschwerdeführer, dass sie selbst die Steuer auf alkoholische Getränke getragen hätten.

52. Zwar sei es grundsätzlich richtig, dass die Steuer auf alkoholische Getränke vom Endverbraucher getragen werden solle, weil das Gesetz diese Abwälzung vorsehe; in der Praxis könne diese Steuer aus Gründen des Wettbewerbs von österreichischen Unternehmen jedoch nur selten auf den Verbraucher abgewälzt werden.

53. In der Mehrzahl der Fälle schmälere diese Steuer die Gewinnspanne des abgabepflichtigen Unternehmens und werde daher de facto von ihm getragen. Statistische Erhebungen zeigten, dass die Republik Österreich im europäischen Vergleich bei der Besteuerung von Getränken an der Spitze liege.

54. Daraus folge, dass zur Erzielung marktüblicher Renditen die Getränke in Österreich mindestens um jenen Betrag teurer sein müssten, der dem Anteil der Steuer auf alkoholische Getränke entspreche. Solche Verkaufspreise könnten jedoch nur die bestbesuchten Betriebe verlangen. Die überwiegende Mehrzahl der Betriebe – unter ihnen die der Beschwerdeführer – gebe diese Steuer hingegen nicht an die Endkunden weiter.

55. Dies belegten die von der Wirtschaftskammer Österreich jährlich in Auftrag gegebenen Studien Betriebskennzahlen des Österreichischen Gastgewerbes. Schon im Jahre 1994 seien nahezu alle österreichischen Gastronomiebetriebe in die Verlustzone geraten. Die Situation der Gastronomiebetriebe verschlechtere sich laufend. Die Betriebe seien mittlerweile aufgrund des Konkurrenzdrucks und der Notwendigkeit des Eingehens auf die Erfordernisse des Marktes hoffnungslos überschuldet.

56. Das Österreichische Institut für Wirtschaftsforschung habe im November 2000 im Auftrag des österreichischen Bundesministeriums für Finanzen ein volkswirtschaftliches Gutachten zur Frage der Kostenüberwälzung der Getränkesteuer im Hotel-, Gast- und Schankgewerbe erstellt. Dieses Gutachten habe keine allgemeinen Antworten auf die Frage der Überwälzung der Getränkesteuer auf den Letztverbraucher in diesem Gewerbe erlaubt. Es enthalte nämlich keine konkrete Antwort auf die Frage der Abwälzung auf den Letztverbraucher. Die Verfasser dieses Gutachtens hätten u. a. dargelegt, dass die Frage, ob und in welchem Ausmaß

eine Steuerüberwälzung tatsächlich gelinge, von einer Reihe von Faktoren abhängen, darunter der Preiselastizität der betroffenen Güter und Leistungen, der Entwicklung des Preisniveaus und der realen Nachfrage, der Marktform und der Wettbewerbsintensität.

57. Daher könne die Frage nach dem Vorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung jeweils nur im Einzelfall nach Durchführung eines spezifischen Ermittlungsverfahrens beantwortet werden.

58. Die Beschwerdeführerin B GmbH weist außerdem darauf hin, dass, soweit tatsächlich eine entsprechende Abwälzung stattgefunden habe, die Verbraucher die Last der Steuer auf alkoholische Getränke getragen hätten. Weder die Wiener Rechtsordnung noch generell die der Republik Österreich verleihe den Verbrauchern eine Möglichkeit im Abgabungsverfahren, die Rechtswidrigkeit einer so abgewälzten Abgabe geltend zu machen.

59. Wenn dem Abgabepflichtigen daher die Rückerstattung der Steuer auf alkoholische Getränke mit der Begründung verweigert werde, er habe sie auf die Endverbraucher abgewälzt, dann sei es schließlich die Gemeinde, die ungerechtfertigt bereichert sei. Die Argumentation der Gemeinden laufe daher letztlich darauf hinaus, mit dem Argument, der Abgabenschuldner dürfe nicht ungerechtfertigt bereichert werden, eine ungerechtfertigte Bereicherung für die Abgabengläubiger (für die Gemeinden selbst) in Anspruch zu nehmen. Es gebe keine Rechtfertigung dafür, die ungerechtfertigte Bereicherung zwar dem Abgabenschuldner, nicht aber dem Gläubiger dieser Steuer zu verweigern, zumal dieser es sei, der die rechtswidrige Norm erlassen habe.

60. Die Abgabenberufungskommission teilt diese Ansicht nicht. Die durch § 185 Abs. 3 WAO für die Erstattung einer zu Unrecht erhobenen Abgabe aufgestellte Voraussetzung solle verhindern, dass die nach innerstaatlichem Recht Erstattungsberechtigten durch die besonderen in der Besteuerungstechnik bei indirekt wirkenden Wiener Abgaben liegenden Umstände ungerechtfertigt bereichert würden. Es handele sich hierbei um Abgaben, bei denen Steuerträger und Abgabepflichtiger auseinander fielen. Abgabepflichtiger sei der jeweilige Unternehmer, der die abgabepflichtigen Leistungen erbringe, während der Abgabebetrag von diesem regelmäßig bei den Empfängern der Leistungen eingehoben werde. Der Gerichtshof habe diese Auslegung in den Randnummern 22 bis 24 des Urteils vom 14. Januar 1997 in den Rechtssachen C-192/95 bis C-218/95 (Comateb u. a., Slg. 1997, I-165) bestätigt.

61. Daraus folge, dass eine Erstattung des abgewälzten Steuerbetrags dann unterbleiben könne, wenn der Abgabepflichtige dem Endabnehmer die dem auf diesen abgewälzten Steuerbetrag entsprechenden Summen nicht erstatten müsse.

62. Die österreichische Rechtsordnung sehe eine Möglichkeit für den Endabnehmer, von den nationalen Behörden eine Rückerstattung dieser Beträge unmittelbar an ihn zu fordern, nicht vor. Ferner sei bei der Steuer auf alkoholische Getränke eine Rückabwicklung der entrichteten Beträge an die Verbraucher wegen des Zeitablaufs, der Massenhaftigkeit der betroffenen Vorgänge, wegen Beweisschwierigkeiten oder wegen sonstiger Umstände praktisch ausgeschlossen.

63. Daher verstoße § 185 Abs. 3 WAO nicht gegen Nummer 3 des Tenors des EKW-Urteils, sondern entspreche im Gegenteil der Entscheidung des Gerichtshofes, da er eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers durch Erstattung der von ihm abgeführten Steuer dann ausschließe, wenn das die Besteuerung auslösende Rechtsverhältnis zwischen dem Verbraucher, der die Getränkesteuer wirtschaftlich getragen habe, und dem Unternehmer, der die Steuer abgeführt habe, seine Wirkung in der Vergangenheit erschöpft habe, der Verbraucher also keinen Anspruch gegen den Unternehmer auf Rückerstattung der von ihm getragenen Steuer mehr habe.

64. Aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem – allenfalls rechtlich geschützten – Vertrauen der Abgabepflichtigen auf bedingungslose Erstattung der Steuer auf alkoholische Getränke und dem rechtlich geschützten Vertrauen der Gemeinden auf die Vereinbarkeit dieser Steuer mit dem Gemeinschaftsrecht verstoße § 185 Abs. 3 WAO auch nicht gegen das Treuegebot des Artikels 5 EG-Vertrag.

65. Schließlich erforderten weder das Gemeinschaftsrecht noch die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Vertrauensschutzes eine Bereicherung eines Abgabepflichtigen durch die Erstattung einer Abgabe. Im Falle ihrer Abwälzung auf Dritte würde eine Erstattung aber notwendig zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Wirtschaftsteilnehmers führen.

66. Die österreichische und die italienische Regierung vertreten eine ähnliche Meinung wie die Abgabenberufungskommission und tragen vor, dass § 185 WAO den vom Gerichtshof auf dem Gebiet der Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge aufgestellten Voraussetzungen genüge.

67. Zunächst betreffe diese Bestimmung nicht nur auf Gemeinschaftsrecht gegründete Rückerstattungsansprüche, sondern sowohl diese als auch Ansprüche auf Rückerstattung nach innerstaatlichem Recht, womit dem Äquivalenzgrundsatz Rechnung getragen werde.

68. Ferner werde die Durchsetzung von auf Gemeinschaftsrecht gegründeten Rückerstattungsansprüchen durch § 185 Abs. 3 WAO für die Beschwerdeführer nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert. § 185 WAO enthalte keine spezielle Bestimmung zur Beweislast oder zu den zulässigen Beweismitteln. Maßgebend sei somit das allgemeine Verfahrensrecht. Dieses gehe vom Grundsatz der Amtswegigkeit aus.

69. Die österreichische Regierung trägt vor, dass nach diesem Grundsatz die Beweislast für die Abwälzung der Steuer und die ungerechtfertigte Bereicherung bei der zuständigen Abgabenbehörde liege. Die Abgabepflichtigen treffe lediglich eine Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsermittlung. Somit hätten sie auf Verlangen der Abgabenbehörde den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie die Richtigkeit zu beweisen; falls ein solcher Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden könne, begnüge sich die WAO mit der Glaubhaftmachung durch den Abgabepflichtigen. Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Abgabepflichtigen sei daher ausgeschlossen.

70. Außerdem lasse die WAO als Beweismittel alles zu. Grundsätzlich könnten daher vom Beschwerdeführer alle Argumente, rechtlicher wie tatsächlicher Art, vorgebracht werden, die Rückschlüsse auf die Nichtabwälzung der Steuer zuließen bzw. die fehlende Abwälzung glaubhaft machten. Insoweit sei keinerlei Beweislastumkehr oder allgemeine Vermutung zur Anwendung gelangt.

71. Weiter verstoße § 185 Abs. 4 WAO, wonach die Anwendung von § 185 Abs. 3 auf Anträge auf Erstattung von vom Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig befundenen Abgaben ausgeschlossen sei, nicht gegen den Äquivalenzgrundsatz. Die Urteile des Gerichtshofes hätten nämlich keineswegs die gleichen Wirkungen wie die vom Verfassungsgerichtshof erlassenen Urteile, in denen die Verfassungswidrigkeit festgestellt werde, da den Erstgenannten allgemeine Wirkung auch für die Vergangenheit zukomme, während Letztere Wirkungen nur für die Zukunft entfalteteten.

72. Schließlich seien die Fälle, in denen sich ein Beschwerdeführer auf die Anlassfallwirkung berufen und

somit die Erstattung einer verfassungswidrigen Abgabe selbst dann erwirken könne, wenn diese auf Dritte abgewälzt worden sei, sehr selten und völlig nebensächlich. Diese Situation könne daher auf keinen Fall den mit einem vom Gerichtshof erlassenen Urteil verbundenen Folgen gleichgestellt werden, in dem entschieden worden sei, dass das Gemeinschaftsrecht der Beibehaltung einer innerstaatlichen Abgabe entgegenstehe.

73. Nach Ansicht der Kommission trifft es zwar zu, dass die Erstattung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen Abgabe nur im Rahmen der in den verschiedenen einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen betrieben werden kann; diese Voraussetzungen dürften jedoch nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur innerstaatliches Recht beträfen, und sie dürften nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschwerten (Urteile vom 6. Juli 1995 in der Rechtssache C-62/93, BP Soupergaz, Slg. 1995, I-1883, vom 15. September 1998 in der Rechtssache C-231/96, Edis, Slg. 1998, I-4951, Randnrn. 19 und 34, und Dilexport, Randnr. 25).

74. Die Kommission weist zudem darauf hin, dass das Urteil Deville in Randnummer 11 schon das Entstehen des Anspruchs auf Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Abgabe an die Bedingung zu knüpfen scheine, dass der Steuerpflichtige diese Abgabe nicht auf andere Personen habe abwälzen können.

75. Es stehe einzelstaatlichen Gerichten nach dem Gemeinschaftsrecht jedenfalls grundsätzlich frei, nach ihrem nationalen Recht zu berücksichtigen, dass zu Unrecht erhobene Abgaben in die Preise des abgabepflichtigen Unternehmens einfließen und auf die Abnehmer abgewälzt werden könnten (Urteile vom 27. Mai 1981 in den Rechtssachen 142/80 und 143/80, Essevi und Salengo, Slg. 1981, 1413, Randnr. 35, vom 25. Februar 1988 in den Rechtssachen 331/85, 376/85 und 378/85, Bianco und Girard, Slg. 1988, 1099, Dilexport, Randnr. 47, und vom 28. November 2000 in der Rechtssache C-88/99, Roquette Frères, Slg. 2000, I-10465, Randnr. 20).

76. Jedoch verwehre es das Gemeinschaftsrecht einem Mitgliedstaat, die Erstattung gemeinschaftsrechtswidriger Zölle und Abgaben einer Voraussetzung wie der fehlenden Abwälzung dieser Zölle oder Abgaben auf Dritte zu unterwerfen, deren Erfüllung der Antragsteller zu beweisen habe (Urteil Dilexport, Randnr. 54).

77. Freilich gehe der Verwaltungsgerichtshof bei der Darstellung der materiellrechtlichen Voraussetzungen des Vorabentscheidungsersuchens auf diese Frage nicht explizit ein. Er begnüge sich mit der Feststellung, dass in Anbetracht der bestehenden Verfahrensgarantien nicht gesagt werden könne, dass die Ausübung des Rechts auf Rückzahlung durch § 185 Abs. 3 WAO von vornherein übermäßig erschwert oder gar unmöglich gemacht werde. Diese innerstaatliche Bestimmung enthalte keine speziellen Aussagen zur Beweislast, und das anzuwendende Verfahrensrecht gehe vom Grundsatz der Amtswegigkeit aus.

78. Aus dem Fehlen einer expliziten Feststellung, dass das nationale Verfahrensrecht den Beweis für die Abwälzung der Abgabe den Abgabebehörden auferlege, schließt die Kommission, dass in dieser Hinsicht gewisse Defizite bestehen dürften. Daher regt sie an, im Urteil entsprechende Klarstellungen zu treffen, die auf die hier einschlägige Rechtsprechung, insbesondere auf die Randnummer 54 des Urteils *Dilexport*, verwiesen.

79. Im Übrigen teilt die Kommission die von Generalanwalt Saggio in der Rechtssache *EKW* vertretene Ansicht, dass die Abgabenbehörde Anträge auf Erstattung zu Unrecht erhobener Abgaben nur ablehnen könne, wenn sie beweise, dass die Lieferanten tatsächlich bereichert seien.

80. Hierzu meint sie, es könne weder mit Sicherheit behauptet werden, dass der Preis des Erzeugnisses ohne die Steuer auf alkoholische Getränke niedriger gewesen wäre als dessen Preis einschließlich der Steuer; erst recht könne nicht mit Sicherheit behauptet werden, dass die Differenz zwischen diesen beiden Preisen konstant dem Betrag der Steuer entspreche. Außerdem könne die Bereicherung des Lieferanten auch deshalb nicht immer genau dem Betrag der Steuer entsprechen, weil die Erhöhung des Preises, die die Steuerbelastung zur Folge habe, ausgeglichen werden müsse, was zu einer Verringerung des Absatzes und des Gewinns führen könne. In grenznahen Regionen könne ferner der um die Getränkesteuer erhöhte Preis zu Absatzeinbußen der österreichischen Lieferanten geführt haben, die sich ebenfalls negativ auf den Gewinn ausgewirkt haben könnten. Auch in diesem Fall könne nicht behauptet werden, die bei der Erstattung zu erwartende Bereicherung würde genau dem Betrag der entrichteten Abgabe entsprechen. Vielmehr müsse bei der Kalkulation einer allfälligen Bereicherung der wegen dieser Steuer verminderte Gewinn berücksichtigt werden.

81. Nach Ansicht der Kommission hätten diese Umstände in den Bescheiden vom 6. September 2000 berücksichtigt werden müssen; eine mechanische Ablehnung der Erstattungsanträge in voller Höhe der abgeführten Abgabe sei unzulässig. Im Vorlagebeschluss fänden sich aber keine Hinweise dafür, dass eine solche differenzierte Behandlung der Erstattungsanträge vorgesehen wäre und dass es die dazu notwendigen Berechnungs- und Verfahrensbestimmungen gebe.

82. In der Sitzung hat die Kommission die Meinung vertreten, dass die WAO den Äquivalenzgrundsatz dadurch missachte, dass sie die auf Gemeinschaftsrecht gestützten Erstattungsanträge und diejenigen, die auf ein Urteil des Verfassungsgerichtshofs, in dem die Verfassungswidrigkeit festgestellt worden sei, gestützt seien, unterschiedlich behandle, und zwar zum Nachteil der Erstgenannten.

83. So müssten die Abgabepflichtigen, denen die Anlassfallwirkung zukomme, nicht die Voraussetzung erfüllen, dass sie die Steuer wirtschaftlich selbst getragen hätten, um die Erstattung einer unter Verstoß gegen die österreichische Verfassung eingehobenen Steuer zu erwirken. § 185 Abs. 4 WAO schließe die Anwendung von § 185 Abs. 3 in einem solchen Fall aus.

84. Den Urteilen des Gerichtshofes, in denen entschieden werde, dass das Gemeinschaftsrecht der Beibehaltung einer innerstaatlichen Abgabe entgegenstehe, werde hingegen keine der Anlassfallwirkung entsprechende Wirkung zuerkannt. Daraus ergebe sich eine diskriminierende Behandlung zum Nachteil der Einzelnen, die ihr Recht auf Erstattung einer zu Unrecht erhobenen Abgabe kraft Gemeinschaftsrechts ausübten.

85. Die Kommission weist hierbei das Vorbringen der österreichischen Regierung zurück, dass die Fälle, in denen die Anlassfallwirkung zur Anwendung komme, von marginaler Bedeutung seien. Vielmehr entfalte diese ihre Wirkungen in zahlreichen praktischen Fällen; im Übrigen könne die begrenzte Zahl von Anwendungsfällen der Anlassfallwirkung einen Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz nicht ausschließen.

#### Würdigung durch den Gerichtshof

##### Zu Artikel 10 EG

86. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass der nationale Gesetzgeber nicht nach Verkündung eines Urteils des Gerichtshofes, dem zufolge bestimmte Rechtsvorschriften mit dem EG-Vertrag unvereinbar sind, eine Verfahrensregel erlassen kann, die speziell die Möglich-

keiten einschränkt, auf Erstattung der Abgaben zu klagen, die aufgrund dieser Rechtsvorschriften zu Unrecht erhoben worden sind (vgl. Urteile Deville, Randnr. 13, Dilexport, Randnrn. 38 und 39, und vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-62/00, Marks & Spencer, Slg. 2002, I-6325, Randnr. 36).

87. Aus diesen Urteilen ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat keine Bestimmungen erlassen darf, die die Erstattung einer Abgabe, die durch ein Urteil des Gerichtshofes für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt worden ist oder deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht sich aus einem solchen Urteil ergibt, Voraussetzungen unterwirft, die speziell diese Abgabe betreffen und die ungünstiger sind als diejenigen, die auf die Erstattung der fraglichen Abgabe anwendbar gewesen wären, wenn diese Bestimmung nicht erlassen worden wäre (Urteil Edis, Randnr. 24).

88. In Bezug auf die Steuer auf alkoholische Getränke hat der Gerichtshof in Randnummer 50 des EKW-Urteils ausgeführt, dass Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/12 der Beibehaltung dieser Steuer entgegenstehe.

89. In der vor Erlass der Novelle geltenden Fassung hatte § 185 WAO Anträge auf Erstattung rechtswidrig eingehobener Abgaben von keiner spezifischen Voraussetzung abhängig gemacht. Der Einführung der Bestimmung, die schließlich zu § 185 Abs. 3 WAO wurde, sind zahlreiche Debatten im Wiener Landtag vorausgegangen, in denen die Schlussanträge von Generalanwalt Saggio in der Rechtssache EKW sowie die desaströsen Auswirkungen eines Urteils des Gerichtshofes, in dem die Getränkesteuer für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt würde, auf die Finanzlage der österreichischen Gemeinden erörtert wurden. Außerdem ist die Novellierung der WAO eine Woche vor Verkündung dieses Urteils erfolgt.

90. Aus allen diesen Umständen ergibt sich, dass mit der Einfügung des Abs. 3 in § 185 WAO den Auswirkungen des EKW-Urteils für den Fall vorgebeugt werden sollte, dass die Steuer auf alkoholische Getränke für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt und die zeitlichen Wirkungen dieses Urteils nicht beschränkt würden.

91. Diese Umstände erlauben allerdings noch nicht die Feststellung, dass § 185 Abs. 3 WAO speziell die Ansprüche auf Erstattung der zu Unrecht eingehobenen Steuer auf alkoholische Getränke beschränken soll. Der Verwaltungsgerichtshof hebt in seinem Vorlagebeschluss hervor, dass sich die WAO keineswegs nur auf die Erstattung von Abgaben beziehe, deren Erhebung

aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen rechtswidrig gewesen sei. Im Übrigen haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die österreichische und die italienische Regierung sowie die Kommission hierzu gegenteilige Ansichten vorgetragen. Es ist jedoch nicht Sache des Gerichtshofes, einen Streit zu entscheiden, der ausschließlich die Auslegung innerstaatlichen Rechts betrifft; diese Aufgabe obliegt dem nationalen Gericht.

92. Im Ergebnis verstößt der Erlass einer Regelung durch einen Mitgliedstaat, durch die der Anspruch auf Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge rückwirkend beschränkt wird, um den möglichen Auswirkungen eines Urteils des Gerichtshofes vorzubeugen, nach dem das Gemeinschaftsrecht der Beibehaltung einer innerstaatlichen Abgabe entgegensteht, nur dann gegen das Gemeinschaftsrecht, nämlich gegen Artikel 10 EG, wenn diese Regelung spezifisch diese Abgabe betrifft; es obliegt dem nationalen Gericht, dies zu prüfen. Folglich stellt die Rückwirkung einer solchen Maßnahme an sich keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht dar, sofern die Maßnahme nicht spezifisch die Abgabe betrifft, die Gegenstand eines Urteils des Gerichtshofes gewesen ist.

#### Zum Zusammenhang zwischen der Abwälzung der Steuer auf alkoholische Getränke und der ungerechtfertigten Bereicherung

93. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass dem Einzelnen das Recht auf Erstattung von Abgaben zusteht, die ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhoben hat. Dieses Recht ist eine Folge und eine Ergänzung der Rechte, die dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof erwachsen. Der betreffende Mitgliedstaat ist also grundsätzlich verpflichtet, gemeinschaftsrechtswidrig erhobene Abgaben zu erstatten (vgl. insbesondere Urteile Comateb u. a., Randnr. 20, vom 8. März 2001 in den Rechtssachen C-397/98 und C-410/98, Metallgesellschaft u. a., Slg. 2001, I-1727, Randnr. 84, und Marks & Spencer, Randnr. 30).

94. Von dieser Verpflichtung gibt es nach dieser Rechtsprechung nur eine einzige Ausnahme. Ein Mitgliedstaat kann einem Abgabepflichtigen die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe versagen, wenn er feststellt, dass die Abgabenlast in vollem Umfang von einem anderen als dem Abgabepflichtigen getragen wurde und wenn die Erstattung an den Abgabepflichtigen zu dessen ungerechtfertigter Berei-



cherung führen würde. Folglich ist der Mitgliedstaat, wenn die Abgabenlast nur teilweise abgewälzt worden ist, dazu verpflichtet, den nicht abgewälzten Betrag zu erstatten (vgl. u. a. Urteil Comateb u. a., Randnrn. 27 und 28).

95. Da es sich bei dieser Ausnahme um die Beschränkung eines aus der Gemeinschaftsrechtsordnung abgeleiteten subjektiven Rechts handelt, ist sie eng auszulegen; dabei ist namentlich zu berücksichtigen, dass die Abwälzung einer Abgabe auf den Verbraucher nicht unbedingt die wirtschaftlichen Auswirkungen der Besteuerung beim Abgabepflichtigen aufhebt.

96. So hat der Gerichtshof in Randnummer 17 des Urteils Bianco und Girard u. a. festgestellt, dass auch dann, wenn indirekte Abgaben nach nationalem Recht auf den Endverbraucher abgewälzt werden sollen und im Handel gewöhnlich auch ganz oder zum Teil abgewälzt werden, nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass die Abgabe tatsächlich in jedem Falle abgewälzt wird. Denn die tatsächliche völlige oder teilweise Abwälzung hängt bei jedem Geschäftsvorgang von mehreren Faktoren ab, die ihn von anderen Fallkonstellationen unterscheiden. Somit ist die Frage der Abwälzung oder Nichtabwälzung einer indirekten Abgabe in jedem Einzelfall eine Sachverhaltsfrage, die in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts fällt, das in der Würdigung der ihm vorgelegten Beweise frei ist.

97. In Randnummer 20 des Urteils Bianco und Girard u. a. hat der Gerichtshof ausgeführt, dass es von der Marktstruktur abhängt, wie wahrscheinlich eine Abwälzung ist. Da sich die zahlreichen Faktoren, die die kaufmännische Strategie bestimmen, von Fall zu Fall ändern, ist es indessen praktisch unmöglich, ihren jeweiligen tatsächlichen Einfluss auf die Abwälzung zu bestimmen.

98. Der Gerichtshof hat ferner entschieden, dass die Erstattung von zu Unrecht erhobenen Abgaben selbst dann, wenn sie nachweislich ganz oder teilweise auf Dritte abgewälzt wurden, nicht unbedingt zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Abgabepflichtigen führt (vgl. Urteile Comateb u. a., Randnr. 29, und vom 21. September 2000 in den Rechtssachen C-441/98 und C-442/98, Michailidis, Slg. 2000, I-7145, Randnr. 34).

99. Selbst dann, wenn die Abgabe in vollem Umfang in den Preis eingeflossen ist, könnte dem Abgabepflichtigen aus einem Absatzzrückgang ein wirtschaftlicher Schaden entstehen (vgl. Urteile Comateb u. a., Randnr. 29, und Michailidis, Randnr. 35).

100. Vorliegen und Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung, zu der die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe bei einem Abgabepflichtigen führt, lassen sich daher erst nach einer wirtschaftlichen Untersuchung feststellen, bei der alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt werden.

101. Dementsprechend verbietet es das Gemeinschaftsrecht einem Mitgliedstaat, einem Wirtschaftsteilnehmer die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe allein mit der Begründung zu verweigern, dass diese in den von diesem Wirtschaftsteilnehmer geforderten Einzelhandelsverkaufspreis eingeflossen und damit auf Dritte abgewälzt worden sei, so dass die Erstattung der Abgabe zwangsläufig zu einer ungerechtfertigten Bereicherung dieses Wirtschaftsteilnehmers führe.

102. Im Ergebnis stehen somit die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die – was das nationale Gericht zu prüfen hat – die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Abgabe allein deshalb versagt, weil diese auf Dritte abgewälzt worden ist, ohne dass der Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung des Wirtschaftsteilnehmers festgestellt würde, zu der die Erstattung dieser Abgabe führen würde.

#### Zum Äquivalenz- und zum Effektivitätsprinzip

103. Nach ständiger Rechtsprechung ist in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung über die Erstattung zu Unrecht erhobener Abgaben die Ausgestaltung der für solche Erstattungsanträge geltenden Verfahren Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Staaten, sofern diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sind als bei entsprechenden Situationen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzprinzip), und sie die Ausübung der von der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip) (vgl. u. a. Urteile Metallgesellschaft u. a., Randnr. 85, und vom 24. September 2002 in der Rechtssache C-255/00, Grundig Italiana, Slg. 2002, I-8003, Randnr. 33).

#### Das Äquivalenzprinzip

104. Das Äquivalenzprinzip verbietet den Mitgliedstaaten, die Verfahren für auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Anträge auf Erstattung einer gemeinschafts-

rechtswidrigen Abgabe weniger günstig zu gestalten als für solche, die ausschließlich innerstaatliches Recht betreffen.

105. Was des Näheren die WAO betrifft, so ergibt sich bereits aus dem Wortlaut ihres § 185 eine Ausnahme für bestimmte auf innerstaatliches Recht gestützte Anträge auf Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge.

106. Nach § 185 Abs. 4 WAO ist § 185 Abs. 3 nämlich auf Personen, denen die Anlassfallwirkung zukommt, nicht anzuwenden. Diese Bestimmung regelt jedoch nicht die Modalitäten oder Voraussetzungen von Klagen auf Erstattung einer Abgabe, die zu Unrecht bei Klägern erhoben wurde, die sich auf einen Präzedenzfall, nämlich ein Urteil des Verfassungsgerichtshofs, berufen können, mit dem eine innerstaatliche Abgabe für verfassungswidrig erklärt wurde.

107. Das Äquivalenzprinzip steht der Anwendung innerstaatlicher Bestimmungen, die es den Abgabepflichtigen ermöglichen, die Erstattung einer zu Unrecht erhobenen Steuer zu erwirken, nur dann entgegen, wenn sie für Erstattungsanträge, die darauf gestützt sind, dass ein innerstaatliches Gericht eine Verfassungswidrigkeit festgestellt hat, vorteilhaftere Bedingungen vorsehen als für solche, mit denen im Anschluss an ein Urteil des Gerichtshofes die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe verlangt wird.

108. Da das Äquivalenzprinzip einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, nach der das Verfahren für auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Anträge auf Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe weniger günstig gestaltet ist als das für entsprechende Anträge, die auf bestimmte innerstaatliche Bestimmungen gestützt sind, ist es im Ergebnis Sache des nationalen Gerichts, aufgrund einer umfassenden Würdigung des nationalen Rechts festzustellen, ob tatsächlich zum einen nur den Klägern, die eine auf innerstaatliches Verfassungsrecht gestützte Klage erheben, die Anlassfallwirkung zukommt und ob zum anderen die Vorschriften über die Erstattung von für mit dem innerstaatlichen Verfassungsrecht unvereinbar befundenen Abgaben günstiger sind als diejenigen über die Erstattung von mit dem Gemeinschaftsrecht für unvereinbar befundenen Abgaben.

#### Das Effektivitätsprinzip

109. Was die Beachtung des Effektivitätsprinzips angeht, so hat ein Wirtschaftsteilnehmer, der eine zu Unrecht erhobene Abgabe entrichtet hat, grundsätzlich Anspruch auf deren Erstattung (vgl. u. a. Urteil Comateb

u. a., Randnr. 20). Die Abgabenbehörde darf die Erstattung einer solchen Abgabe nur dann verweigern, wenn die Erstattung zu einer ungerechtfertigten Bereicherung bei diesem Wirtschaftsteilnehmer führen würde.

110. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes geht klar hervor (vgl. u. a. Urteile San Giorgio, Randnr. 14, Dilexport, Randnrn. 48, 52 und 54, und Michailidis, Randnrn. 36 und 37), dass sich die Verwaltung hierbei nicht auf den Nachweis der Abwälzung dieser Abgabe auf Dritte beschränken und allein aufgrund dessen oder aufgrund des Umstands, dass nationales Recht die Einbeziehung dieser Abgabe in den für die Verbraucher geltenden Verkaufspreis vorschreibt, vermuten darf, dass die wirtschaftliche Belastung, die diese Abgabe für den Abgabepflichtigen bedeutet, ausgeglichen ist und folglich eine Erstattung ohne weiteres zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung führen würde.

111. Außerdem wäre nach gleichfalls ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nationales Recht, das dem Abgabepflichtigen die Beweislast dafür auferlegen würde, dass die Abgabe nicht auf Dritte abgewälzt wurde, was einen negativen Beweis erfordern würde, oder das eine Vermutung für die Abwälzung der Abgabe auf Dritte aufstellte, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar (vgl. u. a. Urteile San Giorgio, Randnr. 14, Dilexport, Randnr. 54, und Michailidis, Randnrn. 36 bis 38).

112. Dem vorlegenden Gericht zufolge enthält die WAO keine spezifische Beweislastregel zur Frage, ob der Abgabepflichtige die Abgabe auf Dritte abgewälzt hat und die Erstattung der zu Unrecht erhobenen Abgabe zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung führen würde.

113. Die Abgabenberufungskommission und die österreichische Regierung tragen zwar vor, dass die Beweislast in vollem Umfang bei der innerstaatlichen Behörde liege. Aus dem Vorlagebeschluss geht aber auch hervor, dass die Abgabenberufungskommission zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Steuer auf alkoholische Getränke schlicht deswegen, weil der den Verbrauchern dieser Getränke in Rechnung gestellte Preis diese Abgabe umfasste, wirtschaftlich nicht von den Beschwerdeführern getragen worden sei. Das könnte eine Vermutung für die Abwälzung dieser Abgabe auf Dritte und für eine ungerechtfertigte Bereicherung der Abgabepflichtigen darstellen, die die Erstattung der zu Unrecht erhobenen Abgabe unmöglich machen oder zumindest übermäßig erschweren könnte und damit gemeinschaftsrechtswidrig wäre.

114. Es ist Sache des innerstaatlichen Gerichts, festzustellen, ob mangels gesetzlicher Vermutung die Verwaltungspraxis eine solche Vermutung für eine ungerechtfertigte Bereicherung geschaffen hat.

115. Da es sich um eine Selbstbemessungsabgabe handelt, kann ein Nachweis der tatsächlichen Abwälzung auf Dritte nicht ohne die Mitwirkung des betroffenen Abgabepflichtigen geführt werden. Die Abgabenbehörde kann daher Zugang zu den Belegen verlangen, zu deren Aufbewahrung der Abgabepflichtige nach innerstaatlichem Recht verpflichtet ist.

116. Es ist ferner Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob die Pflicht des Abgabepflichtigen, an dem Nachweis mitzuwirken, dass die wirtschaftliche Belastung durch die Steuer auf alkoholische Getränke nicht abgewälzt worden ist, in der Praxis einer Vermutung für die Abwälzung dieser Abgabe gleichkommt, die der Abgabepflichtige nur durch Erbringung des Gegenbeweises widerlegen kann.

117. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das Effektivitätsprinzip, auf das in Randnummer 103 des vorliegenden Urteils Bezug genommen wird, innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder einer innerstaatlichen Verwaltungspraxis entgegensteht, die die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte dadurch praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, dass sie allein aufgrund der Abwälzung der Abgabe auf Dritte eine Vermutung für eine ungerechtfertigte Bereicherung aufstellen.

**Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (fünfte Kammer) auf die ihm vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 23. März 2001 vorgelegte Frage für Recht erkannt:**

1. Der Erlass einer Regelung wie der Wiener Abgabenordnung durch einen Mitgliedstaat, durch die das Verfahren zur Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge verschärft wird, um den möglichen Auswirkungen eines Urteils des Gerichtshofes vorzubeugen, nach dem

das Gemeinschaftsrecht der Beibehaltung einer innerstaatlichen Abgabe entgegensteht, verstößt nur dann gegen dieses Recht, nämlich gegen Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG), wenn diese Regelung spezifisch diese Abgabe betrifft; es obliegt dem nationalen Gericht, dies zu prüfen.

2. Die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge stehen einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die – was das nationale Gericht zu prüfen hat – die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Abgabe allein deshalb versagt, weil diese auf Dritte abgewälzt worden ist, ohne dass der Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung des Abgabepflichtigen festgestellt würde, zu der die Erstattung dieser Abgabe führen würde.

3. Das Äquivalenzprinzip steht einer innerstaatlichen Regelung entgegen, nach der das Verfahren für auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Anträge auf Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe weniger günstig gestaltet ist als für entsprechende Anträge, die auf bestimmte innerstaatliche Bestimmungen gestützt sind. Es ist Sache des nationalen Gerichts, aufgrund einer umfassenden Würdigung des nationalen Rechts festzustellen, ob tatsächlich zum einen nur den Klägern, die eine auf innerstaatliches Verfassungsrecht gestützte Klage erheben, die Anlassfallwirkung zukommt und ob zum anderen die Vorschriften über die Erstattung von für mit dem innerstaatlichen Verfassungsrecht unvereinbar befundenen Abgaben günstiger sind als diejenigen über die Erstattung von mit dem Gemeinschaftsrecht für unvereinbar befundenen Abgaben.

4. Das Effektivitätsprinzip steht innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder einer innerstaatlichen Verwaltungspraxis entgegen, die die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte dadurch praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, dass sie allein aufgrund der Abwälzung der Abgabe auf Dritte eine Vermutung für eine ungerechtfertigte Bereicherung aufstellen.

**VERBRAUCHERPREISINDEX  
FÜR SEPTEMBER 2003**  
(vorläufiges Ergebnis)

	August 2003 (endgültig)	September 2003 (vorläufig)
<b>Index der Verbraucherpreise 2000</b>		
Basis: Durchschnitt 2000 = 100	106,1	106,3
<b>Index der Verbraucherpreise 96</b>		
Basis: Durchschnitt 1996 = 100	111,6	111,8
<b>Index der Verbraucherpreise 86</b>		
Basis: Durchschnitt 1986 = 100	146,0	146,3
<b>Index der Verbraucherpreise 76</b>		
Basis: Durchschnitt 1976 = 100	226,9	227,4
<b>Index der Verbraucherpreise 66</b>		
Basis: Durchschnitt 1966 = 100	398,3	399,1
<b>Index der Verbraucherpreise I</b>		
Basis: Durchschnitt 1958 = 100	507,5	508,4
<b>Index der Verbraucherpreise II</b>		
Basis: Durchschnitt 1958 = 100	509,1	510,0

Der Index der Verbraucherpreise 2000 (Basis: Durchschnitt 2000 = 100) für den Kalendermonat September 2003 beträgt 106,3 (vorläufige Zahl) und ist somit gegenüber August 2003 (106,1 endgültige Zahl) um 0,2% gestiegen (August 2003 gegenüber Juli 2003: + 0,3%). Gegenüber September 2002 ergibt sich eine Steigerung um 1,4% (August 2003/2002: +1,2%).

**Erscheinungsort Innsbruck  
Verlagspostamt 6020 Innsbruck P. b. b.**

MEDIENINHABER (VERLEGER):  
Amt der Tiroler Landesregierung,  
Abteilung Gemeindeangelegenheiten,  
6010 Innsbruck, Tel. 0512/508-2370

*Für den Inhalt verantwortlich:* Dr. Helmut Praxmarer

*Offenlegung gemäß § 5 Mediengesetz:* Medieninhaber Land Tirol

*Erklärung über die grundlegende Richtung:* Information der Gemeinden

*Druck:* Eigendruck